



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº 1146732014-5

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: SEGYENE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER

Autuante: ENEIDE GONDIM CESAR

Relatora: CONS.^a GILVIA DANTAS MACEDO

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. EXCLUSÃO DE DESCONTOS CONCEDIDOS NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS-ST. ILÍCITO FISCAL CONFIGURADO. DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS LANÇADOS. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

O recolhimento a menor do ICMS-ST impõe o lançamento do imposto de ofício. In casu, ficou constatada a utilização da base de cálculo com o valor a menor que o devido, nas operações interestaduais, em decorrência da utilização de desconto incondicional sem observância dos requisitos estabelecidos pela legislação tributária então vigente.

Confirmada a decadência de parte dos créditos, conforme aplicação do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

Impossibilidade de exclusão de nota fiscal sem a comprovação da efetiva devolução da mercadoria nela consignada.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001161/2014-61, lavrado em 14/7/2014, contra a empresa SEGYENE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CCICMS nº 16.900.099-0, qualificada nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de 114.180,84 (cento e catorze mil, cento e oitenta reais e oitenta e quatro centavos), sendo R\$ 57.090,42 (cinquenta e sete mil, noventa reais e quarenta e dois centavos) de ICMS, com fulcro nos arts. 395, II, “b”, c/c 397, II, e 399, do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e R\$ 57.090,42 (cinquenta e sete mil, noventa reais e quarenta e dois centavos) de multa por infração, com fundamento legal no art. 82, V, “g” da Lei nº. 6.379/96.

Ao tempo em que mantém cancelado, por indevido, o quantum de R\$ 2.140,64 (dois mil, cento e

quarenta reais e sessenta e quatro centavos), sendo R\$ 1.070,32 (um mil, setenta reais e trinta e dois centavos) de ICMS e mesmo valor de multa por infração, em razão das fundamentações apresentadas neste voto.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de fevereiro de 2019.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO e MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS.

Assessor Jurídico

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão de primeira instância, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001161/2014-61, lavrado em 14/7/2014, contra a empresa SEGYENE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CCICMS nº 16.900.099-0, em razão da seguinte irregularidades

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS) (PERÍODO A PARTIR DE 28.12.00) – Falta de recolhimento do ICSM – Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária com o imposto retido a menor.

Em nota explicativa, a auditora fiscal autuante informa que o recolhimento a menor é decorrente da dedução indevida dos descontos incondicionais na base de cálculo da substituição tributária, em desacordo com o art. 395, inciso II, alínea “b”, do RICMS/PB.

Assim, constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 116.321,48 (cento e dezesseis mil, trezentos e vinte e um reais e quarenta e oito centavos), sendo R\$ 58.160,74 de ICMS, dada a infringência ao artigo 395, combinado com o art. 397, II, e art. 399, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/96, e igual valor de multa por infração, arremada no art. 82, V, “g”, da Lei n.º 6.379/96.

Documentos instrutórios, às fls. 6/24.

Depois de cientificada regularmente, através de Aviso de Recebimento, em 12/6/2014, a autuada ingressou com peça reclamatória tempestiva (fls. 28 a 36) e anexos (fls. 37 a 101), por meio da qual argui, em suas preliminares, a decadência do crédito tributário no período de janeiro a maio de 2009.

No mérito, defende que os descontos incondicionais devem ser excluídos da Base de Cálculo do ICMS, apontando legislação tributária, e, por fim, a alegação da nota fiscal nº 498 deve ser excluída do levantamento da fiscalização, porquanto a mercadoria nela consignada ter sido objeto de devolução, cuja nota fiscal nº 2269 foi emitida pelo próprio remetente da mercadoria.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fl. 102), foram os autos conclusos à instância prima (fl. 103), ocasião em que a julgadora singular – Adriana Cássia Lima Urbano – em sua decisão, manifesta-se pela procedência parcial da denúncia, conforme ementa abaixo transcrita:

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS. RECOLHIMENTO A MENOR. DESCONTOS INCONDICIONAIS. BASE DE CÁLCULO. DECADÊNCIA. INSUBSISTÊNCIA PARCIAL DA ACUSAÇÃO.

Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS/ST no momento da saída das mercadorias do estabelecimento do substituto tributário.

Na composição da base de cálculo da substituição tributária serão admitidos descontos condicionado ou não.

Decadência de parte dos créditos lançados, em observância ao disposto no artigo 22, § 3º, da Lei nº 10.094/13.

O crédito tributário passou a se constituir, após sentença no total de R\$ 114.180,84 (cento e catorze mil, cento e oitenta reais e oitenta e quatro centavos), sendo R\$ 57.090,42 (cinquenta e sete mil, noventa reais e quarenta e dois centavos) de ICMS e igual valor de multa por infração.

Cientificado da sentença singular por meio de AR, cuja ciência resta comprovada à fl. 119, em 20/4/2018, a autuada protocolou Recurso Voluntário perante este Colegiado, em 14/5/2018 (fls. 121 a 130), buscando a reforma da decisão monocrática, na qual apresenta breve relato dos fatos e reitera os argumentos levantados na instância prima, que, em síntese, passo a expor para melhor compreensão:

- venda anulada pela devolução das mercadorias, referente à nota fiscal nº 498, através do

documento nº 2269, ressaltando o ônus probatório do ente fiscal;

- impossibilidade da inclusão dos descontos incondicionais na Base de Cálculo do ICMS, apresentando súmula do STJ.

Remetidos os autos a esta casa, estes foram a distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

1. 1.1.1.1.1.1

VOTO

Em exame recurso voluntário interposto pela autuada contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o auto de infração de estabelecimento, exigindo o crédito tributário acima descrito em razão do recolhimento a menor do ICMS – Substituição Tributária, pela exclusão de descontos incondicionais na Base de cálculo do imposto, durante os exercícios de 2009, 2010, 2012 e 2013.

Quanto ao requisito de tempestividade, faz-se necessário declarar que o recurso da autuada foi interposto no prazo previsto no art. 77, da Lei nº 10.094/2013.

Antes de adentrar o mérito da causa, importa declarar que a peça basilar preenche os requisitos de validade estabelecidos no art. 142 do CTN e adotados na legislação que neste Estado regula o Processo Administrativo Tributário (Lei nº 10.094/2013, art. 41 e seus incisos).

No que tange à **decadência**, o CTN, em seu art. 173, estipula o prazo e nos seus incisos, de forma geral, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial do direito do Estado em efetuar o lançamento tributário, abaixo transcrito:

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Também o CTN, por outro lado, no artigo 150, § 4º, estipula o prazo de cinco anos para a Fazenda Pública se pronunciar a respeito da homologação do pagamento do imposto, caso a lei não fixe outro prazo:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4.º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Este último se reporta a um prazo concedido à Fazenda Pública, considerando os casos em que houver a participação efetiva da contribuinte no recolhimento do imposto, o que se aplica, por óbvio, ao caso em tela.

Importante ressaltar que a ciência do contribuinte deu-se em 12/6/2014, através de A. R., à fl. 23, portanto, em relação aos lançamentos abrangidos no período de janeiro a maio de 2009, corretamente, afastou a julgadora singular o crédito tributário denunciado, em razão da decadência, pela aplicação do art. 150, §4º, do CTN.

Adentrando no mérito, vemos que a fiscalização autuou a ora Recorrente pelo recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária em virtude de exclusão indevida da base de cálculo do tributo de descontos incondicionais fornecidos, tendo sido infringidos os arts. 399 e 395, II, b, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e cominada penalidade com arrimo no art. 82, V, “g” da Lei nº 6.379/96.

Devo observar, neste caso, a legitimidade e legalidade da técnica aplicada pela fiscalização, a qual trata de Substituição Tributária “para frente”, isto é, quando o fato gerador ocorre após o recolhimento do tributo, cuja autorização legal é prevista no art. 150, § 7º, da Constituição Federal e art. 6º da Lei Complementar nº 87/96, os quais atribuem a outro contribuinte, denominado substituto, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido pelo substituído.

Neste ponto, interessa ressaltar que a sistemática de recolhimento nesses casos possui regulamentação própria para composição da base de cálculo, sendo regida, no Estado da Paraíba, pelos art. 395, II, e 399, do RICMS/PB e art. 19 da Lei nº 6.379/96, os quais preveem que, para fins de substituição tributária, deve ser considerado como tal o valor que o produto alcançaria ao chegar ao consumidor final, se aproximando, o máximo possível, dos preços usualmente praticados no mercado. Vejamos:

Art. 395 A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) valor da operação ou prestação própria realizada pelo sujeito passivo por substituição ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete, impostos e outros encargos cobrados ou transferidos aos adquirentes ou tomadores de serviço não sendo admitidos descontos condicionado ou não; (grifei)

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

II - até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador:

a) nas operações procedentes de outra unidade da Federação, sem retenção antecipada, destinadas a contribuintes que possuam Regime Especial concedido pelo Secretário de Estado da Receita;

Art. 19. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete, e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

II - da saída subseqüente por ele promovida ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, a base de cálculo será este preço.

§ 4º A margem a que se refere a alínea “c”, do inciso, II do “caput” será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, sendo permitido eventualmente, acrescentar-se outros critérios que venham a subsidiar a sua fixação.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II, do “caput”, corresponderá a diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para às operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações

ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo.

Ensejando, assim, infração ao art. 82, V, “g” da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

g) aos que deixarem de reter, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e/ou de recolher, nesta condição, o imposto retido na fonte;

Diante dos enunciados supratranscritos, observa-se, portanto, ser inadmissível a utilização deste desconto no cálculo do imposto, devendo para o cálculo do ICMS – Substituição Tributária serem seguidos os preceitos no que se refere à formação da base de cálculo da substituição tributária, contidos no artigo 395, mencionado acima, onde não há margem para o abatimento dos descontos concedidos incondicionalmente.

Logo, verifica-se a regularidade da cobrança, vez que, em desacordo com a previsão legal acerca do tema, foram indevidamente excluídos da base de cálculo do ICMS-ST os descontos incondicionais, motivo pelo qual confirmo a decisão proferida pela instância prima, a qual manteve a autuação em tela.

Neste ponto, não restam dúvidas, portanto, quanto à regularidade dos procedimentos.

Por fim, no que tange à nota fiscal nº498, colaciono trecho da decisão monocrática, que não acatou os argumentos da autuada, ora Recorrente, pelo que se demonstra: “*Traz a defendente aos autos o argumento que parte das mercadorias da nota fiscal nº 498 foi objeto de devolução através da nota nº 2269, todavia, não há como comprovar que as mercadorias discriminadas nesta nota fiscal efetivamente se tratam daquelas constantes na nota nº 498, posto que a nota de devolução não faz referência as mercadorias nem muito menos a nota fiscal de venda, portanto, não vejo como afastar a exigência do imposto sobre este documento fiscal.*”.

Ratifico o posicionamento da nobre julgadora singular, posto que chegamos ao entendimento de que, para a nota fiscal acima relacionada, a alegação de que foi emitida outra nota nº 2269, com natureza da operação de “devolução”, *pela PDVS Distribuidora, em 28/9/2010, com cópia do DANFE anexada à fl. 100, constatamos que, apesar de constarem do DANFE diversos carimbos de postos fiscais, inclusive da Paraíba, não se verifica qualquer menção do contribuinte, PDVS Distribuidora, à nota fiscal da operação de venda, além do que não há como convalidar que se tratam efetivamente dos mesmos produtos, não se sustentando o argumento da recorrente.*

Após analisar o caderno processual, hei de concluir que a sentença da primeira instância de julgamento está correta, uma vez que a ação fiscal tem respaldo nos dispositivos de lei supracitados, daí porque mantenho a decisão singular, razão pela qual dou como desprovido o recurso voluntário.

Com estes fundamentos,

VOTO - pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para *manter a sentença exarada* na instância monocrática que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001161/2014-61, lavrado em 14/7/2014, contra a empresa SEGYENE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CCICMS nº 16.900.099-0, qualificada nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de 114.180,84 (cento e catorze mil, cento e oitenta reais e oitenta e quatro centavos), sendo R\$ 57.090,42 (cinquenta e sete mil, noventa reais e quarenta e dois centavos) de ICMS, com fulcro nos arts. 395, II, “b”, c/c 397, II, e 399, do RICMS-PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97 e R\$ 57.090,42 (cinquenta e sete mil, noventa reais e quarenta e dois centavos) de multa por infração, com fundamento legal no art. 82, V, “g” da Lei nº. 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o *quantum* de R\$ 2.140,64 (dois mil, cento e quarenta reais e sessenta e quatro centavos), sendo R\$ 1.070,32 (um mil, setenta reais e trinta e dois centavos) de ICMS e mesmo valor de multa por infração, em razão das fundamentações apresentadas neste voto.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 14 de fevereiro de 2019.

Gilvia Dantas

Macedo

Conselheira

Relatora